

VEDTAK NR 57/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 16. februar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle W. Rasmussen, YS

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som alarmoperatør i stilling på 20 prosent ved B, avd. X.

Den 25. november 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i forhandlingsmøte 11. desember 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 6. januar 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 6. januar 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 5. februar 2016
- e-post av 13. januar 2017
- e-post av 20. januar 2017
- e-post av 26. januar 2017
- e-post av 1. februar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet viser et stabilt behov som gir ham rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeid utført i sommerperioden 2015 skal også inngå i beregningsgrunnlaget. Den midlertidige arbeidsavtalen for denne perioden angir verken arbeidsmengde/stillingsprosent eller hvilke arbeidstakere det vikarieres for.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid ikke er oppfylt. Merarbeidet han har utført i forbindelse med et vikariat sommeren 2015 må anses som avtalt arbeidstid og skal derfor ikke inntas i beregningsgrunnlaget for utført merarbeid.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 25. november 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 25. november 2014 til 24. november 2015.

Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet i totalt 1442,5 timer i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 86,45.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand samt hvor stor stillingsøkning arbeidstaker i tilfelle har krav på. Arbeidsgiver har i denne sammenheng blant annet anført at timer utført i forbindelse med et vikariat sommeren 2015 ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Det følger av forarbeidene, jf. Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.2, at bestemmelsen må «avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt», og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

Det fremgår av dokumentasjonen i saken at det har vært inngått en midlertidig avtale om arbeid i perioden 15. juni 2015 til 31. august 2015 og at arbeidstaker har arbeidet omlag 317 timer i dette tidsrommet. Det er imidlertid uklart hva som var ment å være omfanget av den midlertidige avtalen. Under punktet «stilling» i avtalen er det kun oppført «sommervikar, opp til 100 prosent».

Etter som vikaravtalen ikke angir stillingsstørrelse og arbeidsgiver heller ikke på annen måte har dokumentert at arbeidsomfanget i avtaleperioden var avtalt på forhånd, bærer avtalen etter nemndas oppfatning preg av å være en «rammeavtale» om arbeid i ferieavviklingsperioden og gir derved ingen forutberegnelighet for arbeidstakeren. En slik ordning har mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» enn å være avtalt arbeidstid i lovens forstand. I tråd med praksis i lignende tilfeller (bla. vedtak 174/16), har nemnda derfor kommet til at det av As arbeid i sommerferieperioden som overstiger hans faste stillingsbrøk på 20 prosent, må inngå i grunnlaget for beregning av merarbeid.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt merarbeidet er jevnlig utført, har nemnda etter en helhetsvurdering kommet til at jevnlighetsvilkåret er oppfylt i denne saken. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet slik nemnda ser det vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt flere ekstravakter hver måned i beregningsperioden og er av den oppfatning at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det er fra arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid tilsvarende 83,5 timer ikke lenger foreligger fordi det ble utført på grunn av andre ansattes permisjon og langtidssykemelding. Slik saken er opplyst legger også nemnda dette til grunn.

Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det ”bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen”. Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov.

Etter en skjønnsmessig vurdering, hvor det også er lagt vekt på at deler av behovet for merarbeidet har falt bort, fastsetter nemnda at merarbeidet gir A rett til økning av sin stilling tilsvarende 61 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 61.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

Oslo, 01.03.2017

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

